Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles

Pascale Deumier

Professeur à l'Université Lyon 3

La question de l'accès au juge de cassation et du traitement des affaires est souvent abordée sous l'angle du traitement allégé des affaires « *dépourvues d'un intérêt jurisprudentiel* »[1]. Pourtant, la gradation couvre tout le spectre du degré d'importance : « *De tout temps, la Cour de cassation a distingué les affaires qui lui sont déférées d'après leur importance et leur degré de difficulté en ne mettant pas sur le même pied, par exemple, celles qui posaient une question de droit nouvelle ou laissaient présager une évolution de sa doctrine, et celles qui, ou bien ne requéraient que l'application de cette doctrine, ou bien pouvaient être réglées sans engager aucunement celle-ci* »[2]. Ainsi, s'il est possible de placer à un bout de la gradation les affaires irrecevables, il est tout aussi possible de situer à l'extrême opposé les affaires qui soulèvent une question jurisprudentielle, ces dernières appelant aujourd'hui une réflexion à un double titre.

La question jurisprudentielle, critère d'accès au juge de cassation. Les exemples étrangers. Partout, la question se pose de savoir si toutes les affaires peuvent avoir accès au juge de cassation ou si celui-ci devrait être restreint aux affaires présentant un enjeu pour la jurisprudence. De nombreux systèmes juridiques voisins ont introduit des critères conditionnant cet accès[3], mouvement encouragé par le Conseil de l'Europe, qui a adopté une recommandation aux termes de laquelle « *Les recours devant le troisième tribunal devraient être réservés aux affaires pour lesquelles un troisième examen juridictionnel se justifie, comme celles, par exemple, qui contribuent au développement du droit ou à l'uniformisation de l'interprétation de la loi. Ils pourraient encore être limités aux cas qui soulèveraient une question de droit d'importance générale. Il devrait être requis du demandeur qu'il expose en*

[1] Pour la sélection des affaires, en fonction notamment des questions « dépourvue d'un intérêt jurisprudentiel », J. Boré, Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation : D. 1979, chron. p. 250

[2] Précisant que les premières, appelant recherches préalables et temps de réflexion, étaient inscrites au « grand rôle », avant l'instauration officielle des formations restreintes, A. Perdriau, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », JCP G 1994 I 3768

[3] Sur ce mouvement, F. Ferrand, « La juridiction judiciaire suprême en droit comparé. Missions, filtrage, intensité du contrôle », à paraître ; Le Club des juristes, Rapport sur *La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes*, octobre 2014

quoi l'affaire comporte de tels enjeux »[4]. Outre le choix discrétionnaire caractéristique des systèmes de *common law*, plusieurs systèmes étrangers ont introduit une sélection en fonction du montant du litige[5] et/ou de la matière[6] et/ou de la fondamentalité de la question[7]. A ces critères s'ajoute généralement un autre critère, qui focalise l'accès sur les questions jurisprudentielles. En Allemagne, « *Le pourvoi en révision doit être autorisé 1. si la question juridique revêt une portée de principe ou si 2. Le développement du droit ou la garantie d'une jurisprudence unitaire requiert une décision de la Cour de révision* »[8]. Le Code de procédure civile autrichien ouvre le pourvoi « *si la décision dépend de la solution à une question juridique de droit matériel ou procédural qui revêt une importance considérable pour la garantie d'une jurisprudence unitaire, de la sécurité juridique ou de l'évolution du droit, notamment parce que la juridiction d'appel s'est écartée de la jurisprudence de la Cour suprême ou qu'une telle jurisprudence fait défaut ou n'est pas unitaire* »[9]. Devant le juge espagnol, l'intérêt « cassationnel » peut être constitué lorsqu'un arrêt n'a pas respecté la jurisprudence du Tribunal suprême, qu'il existe une divergence de jurisprudence ou qu'il s'agit de l'application d'une loi de moins de cinq ans[10]. Partout, la logique est similaire : il s'agit de permettre aux plus hautes juridictions de se recentrer sur leur mission la plus essentielle, la garantie d'unité de la jurisprudence et le développement du droit, mission d'autant plus importante dans un système juridique devenu complexe, saturé de normes, soumis au dialogue avec les juges européens et, pour toutes ces raisons, en évolution permanente. Parce que le système juridique français n'est pas immunisé contre ces évolutions, la Cour de cassation a engagé une réflexion : « *La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire doit-elle se livrer à un filtrage des pourvois, non plus en traitant systématiquement l'ensemble des dossiers dont elle est saisie, mais, au même titre que d'autres Cours suprêmes étrangères, en opérant une sélection raisonnée des affaires qui lui sont soumises ?* »[11]. Une première réponse a été apportée par le rapport du Club des juristes consacré à *la Régulation des contentieux devant les Cours suprêmes*, qui recommande que la Cour de cassation n'ait à

---

4 Art. 7, c) de la Recommandation R (95) 5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement, 7 fév. 1995

5 Le critère est utilisé, dans des modalités variables, par le droit allemand, autrichien, espagnol, suisse, slovène, v. F. Ferrand, précitée

6 Ex. Suisse, *ibid.*, p. 26

7 Espagne, *ibid.*, p 23

8 *ibid.* p. 5

9 *Ibid.* p. 20.

10 *Ibid.*, p 24 – il existe parallèlement le recours extraordinaire pour vice de procédure

11 Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (séance d'ouverture - 17 octobre 2014), site Cour de cassation, Rubrique Réforme de la Cour de cassation.

connaître que des « *questions de principe, d'évolution du droit ou d'unification de la jurisprudence* »[12]. Si une telle possibilité est envisagée, c'est aussi parce que la Cour de cassation a évolué ces dernières années dans son rapport à sa jurisprudence.

Les questions jurisprudentielles, critère d'accès au juge de cassation. Les évolutions françaises. La seconde raison justifiant de s'intéresser à l'accès et au traitement des questions jurisprudentielles tient à l'évolution de la Cour de cassation à l'égard de sa jurisprudence, et au-delà à l'évolution de sa perception dans le système juridique français, depuis le début du 21[e] siècle. En effet, la Haute juridiction assume de plus en plus franchement cette mission fondamentale : revirement pour l'avenir[13], revirement justifié[14], distinction des interprétations de textes et des créations prétoriennes[15] ou encore affirmation, par un communiqué sur les arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013, que « *par ces décisions, la Cour remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire* ». Désormais libérée du mythe de la bouche de la loi, la Cour peut se concentrer sur sa mission jurisprudentielle.

Si ce n'est qu'il reste à vérifier que cette évolution récente est arrivée à une maturité suffisante pour franchir un tel cap. Il est différentes méthodes pour réfléchir aux conditions de réalisation d'un accès au juge de cassation concentré sur les questions les plus importantes, la méthode comparatiste étant souvent, et à juste titre, utilisée en la matière. C'est une autre voie que l'on propose d'explorer ici. En effet, si l'importance de la question n'est pas pour l'heure un critère d'accès à la Cour de cassation, il existe divers aménagements du traitement permettant de tenir compte de l'enjeu de certaines affaires pour la jurisprudence. Le Premier président Canivet avait ainsi co-signé un article faisant état, pour « *favoriser l'essor des politiques jurisprudentielles* », de la sélection d'affaires demandant un traitement approfondi ou « *affaires test* », qui sont celles « *qui relèvent de questions de sociétés, de problèmes sociaux ou économiques nouveaux, qui portent sur les questions d'interprétation de lois nouvelles ou ont trait à des difficultés fréquemment posées aux juges du fond* »[16]. Le

---

[12] P. 186 ; Un autre rapport du Club des juristes *Sécurité juridique et initiative économique*, dir. H. de Castries et N. Molfessis, mai 2015, n° 98 et s., s'inscrit dans cette lignée mais envisage de dissocier le contrôle des droits et libertés fondamentaux, les recours fondés sur des griefs disciplinaires et les pourvois sur les questions de droit

[13] Ass. Plé., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, Bull., A.P., n° 15

[14] Cass. Com. 8 fév. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 1314, note N. Molfessis et J. Klein ; 1321, note F. Marmoz ; RTD civ. 2011. 493, obs. P. Deumier ; Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, Bull., V, n° 37

[15] Ex. Cass. Soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.941, Droit Social 2013. 173, note J. Mouly ; *ibid.* 362, obs. G. Dumortier, Ph. Florès, A. Lallet, Y. Struillou ; Constitutions 2013. 78, note Ch. Radé et P. Gervier

[16] G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », *in Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79, n°24

traitement approfondi de ces questions repose sur une certaine conception des besoins qu'elles suscitent, liée essentiellement à ce qu'elles intéressent bien au-delà du cas puisqu'elles hissent la parole du juge au niveau de la norme générale. Pour leur énoncé, elles impliqueraient des possibilités de saisine permettant de garantir l'uniformité de la jurisprudence. Pour leur adoption, elles appelleraient une collégialité élargie. Pour leur préparation, elles supposeraient temps de recherche, de réflexion, de consultation, de maturation. Pour leur réception, elles nécessiteraient une large diffusion. Il est dès lors possible de tenter un bilan du traitement actuel des questions jurisprudentielles et de son aptitude à réaliser les objectifs qui le sous-tendent. Notre hypothèse est que, si les mécanismes actuels de traitement des questions jurisprudentielles révèlent des difficultés de fonctionnement ou de maniement, il serait prématuré de les élever en condition d'accès au juge de cassation. Un bilan peut être tenté des aménagements des procédures (I.), formations (II.), modalités de traitement (III.) et diffusion (IV.).

1. L'adaptation des procédures.

La possibilité de résistance. Le mécanisme du second pourvoi, ayant perdu sa justification historique, est souvent présenté aujourd'hui comme permettant la participation des juges du fond à l'élaboration de la norme jurisprudentielle, par une résistance qui permet la prise en compte des données de fait, quand la Cour de cassation tranche « *un litige refroidi, qu'elle ne perçoit plus que sous l'angle abstrait de la question de droit* »[17]. Le mécanisme n'a d'autre fonction, un second pourvoi ne pouvant être exercé qu'en cas de résistance à « la doctrine » de la Cour de cassation. Selon le président Lamanda, ces résistances conduisent « *en moyenne une fois sur deux* » à un ralliement de l'Assemblée plénière à la position des juges du fond[18]. Conforme à une élaboration lente et collaborative de la jurisprudence, le mécanisme ne répond en revanche que partiellement aux besoins contemporains d'une jurisprudence rapidement fixée. Outre les délais impliqués par le second pourvoi, il ne faut pas occulter que l'institutionnalisation d'une possibilité de résistance trouble l'autorité jurisprudentielle de la Cour de cassation. Frédérique Ferrand, soulignant l'originalité de la possibilité (qui n'est partagée que par le système belge) et l'étonnement qu'elle suscite chez les juristes étrangers, pose la question de savoir si ce dialogue avec les juges du fond ne pourrait pas avoir lieu aussi

[17] R. Libchaber, RTD civ. 2001. 226
[18] Discours, 9 janvier 2014. Sur la période 1980-2009, cette situation représente 37.3% des cas, J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, p. 72

utilement à l'occasion d'un autre cas[19]. En outre, si la mécanique fonctionne bien du point de vue du pourcentage des revirements, elle ne doit pas occulter que la figure se raréfie : 50 %, certes, mais 50 % de 4 arrêts, cela reste une forme de collaboration peu courante. Un autre mécanisme jurisprudentiel tient compte de l'interprétation des juges du fond mais dans une logique moins collaborative.

Pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi vise à ne pas laisser intacte une « *décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder, contre laquelle cependant aucune des parties n'a réclamé dans le délai fixé* »[20]. Il se désintéresse de la solution concrète du litige, ne donnant lieu qu'à des cassations platoniques ou doctrinales, qui ont pour seul but d'éviter qu'une interprétation par les juges du fond erronée ne se cristallise en jurisprudence[21]. Ce but est en général réalisé par les parties qui, en défendant leur intérêt privé, vont permettre la protection de l'intérêt général constitué par la bonne interprétation de la loi. « *Ce n'est que lorsque l'intérêt privé a abdiqué et que celui de la loi violée est seul en cause que le droit d'agir s'ouvre pour le procureur général, son défenseur attitré, c'est un moyen suprême qui n'est autorisé qu'en l'absence de tout autre* »[22]. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi a permis à la Cour de cassation de se prononcer sur des questions particulièrement importantes : l'interdiction des maternités de substitution[23] ; l'interprétation *a contrario* de l'article 322 al. 2 du Code civil[24] ; l'interdiction d'assimiler la kafala à une adoption[25]. Pour autant, le bilan est plus que mince. La base *Legifrance* révèle 12 arrêts rendus sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi depuis 1972[26]. Faut-il en déduire que le réflexe de saisir la Cour de cassation pour la sauvegarde de la jurisprudence est très loin d'être acquis ? La désaffection pour le pourvoi dans l'intérêt de la loi semble s'expliquer par d'autres considérations. En effet, le régime très particulier du mécanisme, qui échappe à nombre règles de procédures, dont le caractère contradictoire, a souvent justifié sa non utilisation, par exemple pour la

---

[19] F. Ferrand, p 40
[20] Loi du 3 juillet 1967, art. 17
[21] J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, PUF, 27e, 2002, n° 143. V. également, sur cette fonction, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 2009/2010, n° 141-04.
[22] E. Faye, *La Cour de cassation*, Duchemin, 1903, rééd. 1970, n° 449
[23] Ass. Plé., 31 mai 1991, Bull., A.P., n° 4
[24] Cass. civ. 1e, 27 fév. 1985, Bull., I, n° 76
[25] Cass. civ. 1e, 10 oct. 2006, Bull., I, n° 431
[26] 20 résultats à l'interrogation pourvoi dans l'intérêt de la loi mais huit décisions de la Chambre criminelle qui ne sont pas rendues sur un tel pourvoi.

responsabilité pénale du Président de la République ou l'affaire du sang contaminé[27]. Cette rareté de l'utilisation d'une procédure destinée à favoriser l'unité d'interprétation a, notamment, justifié l'introduction de la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation[28].

La saisine pour avis. La loi du 15 mai 1991[29] a transposé à l'ordre judiciaire la saisine pour avis sur des questions de droit nouvelles présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges[30]. La procédure pour avis est caractéristique de l'aménagement des procédures pour les questions jurisprudentielles et ne présente pas les inconvénients ou lourdeurs des procédures précédentes. Le Rapport sur *la Régulation des contentieux devant les Cours suprêmes* précité propose dès lors à juste titre d'utiliser ses critères et de les transposer en condition d'accès au juge de cassation[31]. Le bilan de leur application pourrait par conséquent donner des enseignements utiles sur la perspective de leur changement de fonction.

Un premier élément du bilan est que la procédure « *ne rencontre pas le succès escompté* »[32]. Certains auteurs ont regretté le caractère éminemment technique des questions soumises, qualifiées de « *questions subalternes* »[33]. Outre que la jurisprudence ne nous semble pas moins dans son rôle supérieur d'unification de l'interprétation lorsqu'elle porte sur des questions de procédure civile, par exemple, les avis du 22 septembre 2014[34] témoignent que des questions plus fondamentales sont également concernées. En revanche, il apparaît que nombre d'interprétations attendues devront patienter le temps qu'un pourvoi permette à la Cour de cassation de fixer l'état du droit. Ainsi, la Chambre sociale, dans le Rapport annuel de la Cour de cassation 2013, relève que les difficultés d'application de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 ne lui ont pas été soumise, « *ne serait-ce que par la procédure de saisine pour avis* » et ajoute : « *On ne saurait trop insister sur l'intérêt de cette procédure*

[27] v. J.-F. Burgelin, « La responsabilité pénale du Président de la République », D. 2001, 135 ; J. J. Perfetti, « Sang contaminé : prévention de tromperie et qualification criminelle d'empoisonnement », D. 1995, 65 ; pour d'autres causes possible de désaffection pour le recours, C. Gabolde, « Evolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative », D. 1958, 1, 81

[28] M. Rudloff, Sénat, rapport n° 297, annexe à la séance du 24 avril 1991 : le rapport relève que le pourvoi dans l'intérêt de la loi a été utilisé 2 fois sur les trois dernières années, quand la procédure pour avis devant le Conseil d'Etat a été utilisée 9 fois.

[29] Art. L. 441-1 et s. COJ

[30] Sur son introduction récente aux Pays-Bas, v. la contribution de MM. de Knjiff et Corstens.

[31] P. 186

[32] S. Guinchard et *alii*, *Institutions juridictionnelles*, Précis Dalloz, 12e éd., 2013, n° 681.

[33] D. Pouyaud, « Les avis contentieux du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », *in Mél. F. Moderne,* Dalloz, 2004, p. 354.

[34] N° 14-70.006 et 14-70.007 (adoption par un couple de même sexe d'un enfant né d'une AMP)

qui, même si elle est juridiquement dépourvue d'effet contraignant, a le mérite de répondre immédiatement aux juridictions saisies de litiges se rapportant aux questions en cause et de donner des lignes directrices, en pratique suivies par la Cour dans sa jurisprudence, propres à assurer une meilleure sécurité juridique et à limiter le développement des contentieux ». Dans l'attente d'une telle appropriation de la procédure par les juges du fond, les éléments statistiques, bien que fluctuants, stagnent autour d'une dizaine d'avis par année[35]. Il serait vain de se perdre en conjectures sur les raisons du recours limité à la demande d'avis par les juges du fond. En tout état de cause, la mission d'unité de l'interprétation et la nécessité de permettre à celle-ci de se réaliser au plus tôt ne semble pas imprégner les esprits dans le fonctionnement normal de la justice et il est seulement possible à cet égard de souhaiter que ce réflexe s'ancre[36], la réforme annoncée du droit des contrats offrant à cet égard une mine potentielle de demandes d'avis.

Tableau 2.26 - AVIS DE LA COUR

Années	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Avis de la Cour	4	11	14	18	13	5	8	11	10	13

Source : Cour de cassation, Rapport annuel 2013[37]

Le deuxième élément du bilan, qui nous intéresse plus particulièrement, est celui de la maîtrise des critères par les juges du fond : une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et susceptible de se poser dans de nombreux litiges. Selon le Rapport annuel 2003, « *En 1994, sur 29 demandes présentées à la Cour, 12 avaient reçu une réponse au fond ; à l'inverse, aucune des procédures dont a été saisie la formation compétente de la Cour de cassation au cours de l'année 2003 n'a donné lieu à une telle réponse* », avant de rappeler que les demandes doivent répondre aux conditions légales pour que la procédure atteigne ses objectifs. De ce point de vue, la seconde décennie d'application de la procédure

---

[35] Le Rapport annuel 2012 établit une moyenne sur une décennie de 9,6 avis par an

[36] Souhaitant favoriser les avis, en ouvrant notamment la procédure à la demande des parties, v. le Rapport *Sécurité juridique et initiative économique*, Le Club des juristes, dir. H. de Castries et N. Molfessis, mai 2015, n° 114 et s.

[37] Antérieurement : « Au cours de l'année 2003, la Cour de cassation a été appelée à statuer sur deux demandes d'avis en matière civile. Le nombre de demandes avait été de 8 en 2002 et en 2001, de 13 en 2000 et en 1999, de 16 en 1997 et de 11 en 1996 », Rapport annuel 2003

semble traduire une amélioration de la maîtrise de ces critères. En 2014, sur 13 décisions, 3 ne donnent pas lieu à avis faute pour la demande de respecter les critères de saisine[38]. En 2013, sur 13 décisions, 3 demandes sont jugées irrecevables[39] et 1 ne donne pas lieu à avis[40]. Les progrès semblent donc réels depuis l'instauration de la procédure : en 1993, sur 18 décisions, 12 n'avaient pas donné lieu à avis, au moins sur une partie des demandes[41]. Pour expliquer ces progrès, il est possible d'invoquer la large diffusion des avis et de leurs travaux préparatoires, qui permettent une compréhension approfondie de l'appréciation des différentes conditions par le juge de cassation. Il faut y ajouter la « *mise en ligne de documents d'aide à la formalisation des demandes* »[42]. L'utilisation de ces mêmes critères pour l'accès au juge de cassation bénéficierait donc d'une expérience préalable qui a déjà permis des améliorations sensibles.

Le troisième élément du bilan est celui de la réception de l'avis. Un premier bilan avait été fait sur les 15 premières années, soit 95 avis : le plus souvent, l'avis n'avait été, dans l'intervalle, suivi d'aucun arrêt sur la question ; 28 avis avaient été repris à l'identique par les arrêts, parfois après une période de divergence réglée par la Chambre mixte[43] ; 15 avis avaient été repris par des arrêts qui y apportaient des précisions ; dans 1 cas, un avis avait été suivi d'une jurisprudence non-conforme et, dans 2, d'une réaction législative ou réglementaire[44]. L'hypothèse du désaveu d'un avis par un arrêt s'est réitérée depuis : un avis rendu le 25 juin 2012 sur la communication des pièces dans la procédure d'appel a été suivi d'une position divergente de la deuxième chambre civile, position finalement validée en Assemblée plénière

---

[38] 24 mars 2014, n° 13-70010 : la question n'est pas nouvelle et ne présente pas une difficulté sérieuse ; 5 mai 2014, n° 14-70.003 : la question ne présente pas de difficulté sérieuse ; 26 mai 2014, n° 14-70.004 : la demande suppose un examen des circonstances de l'espèce

[39] 14 janvier 2013, n° 1200014 et 1200015 : pas de consultation des parties et du ministère public ; 8 avril 2013, n° 13-70001 : juridiction incompétente.

[40] la question ne présente pas de difficulté sérieuse, 8 avril 2013, n° 13-70002

[41] Pas de consultation des parties et/ou du ministère public (29 nov. 1993, 09-30016 ; 29 avril 1993, 09-30002 ; 12 février 1993, 09-20010 ; 8 oct. 1993, 09-30012) ; question pas nouvelle, pas de droit et/ou qui ne semble pas se présenter dans de nombreux litiges (29 nov. 1993, 09-30013 ; 9 juillet 1993, 09-30007 ; 14 juin 1993, 09-30006) ; question déjà tranchée (8 oct. 1993, 09-30011) ; la demande est mélangée de fait et de droit (8 oct. 1993, 09-30009 ; la question « relevant des pouvoirs du juge », 14 juin 1993, n° 09-30003) ; question posée par un bureau d'aide juridictionnelle (9 juillet 1993, 09-30010) ; la Cour est saisie de pourvois sur la même question (14 juin 1993, 09-30001).

[42] J.-F. Weber, *La Cour de cassation,* La doc. fra., 2010, p. 74

[43] Et non en Assemblée plénière comme convenu aux premiers temps de la procédure : Selon Jean Buffet, « Il a été convenu qu'au cas où une chambre ne serait pas d'accord avec un avis, elle devrait renvoyer l'affaire devant l'Assemblée plénière. Cette situation s'est produite une seule fois (renvoi en A.P. par la 2ème chambre civile sur une question détendue des pouvoirs du juge de l'exécution), mais l'Assemblée plénière n'a finalement pas eu à statuer en raison d'un désistement du demandeur au pourvoi. », « La saisine pour avis de la Cour de cassation », 29 mars 2000, site Cour de cassation.

[44] C. Pelletier, « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », *in Mél. Ph. Jestaz,* Dalloz, 2006, p. 429, sp. p. 433 et s.

le 5 décembre 2014[45]. Une telle situation est à la fois antinomique de la raison d'être de la demande d'avis, qui vise à anticiper la jurisprudence de la Cour de cassation, et inévitable du fait du caractère nécessairement évolutif de la jurisprudence. Le Premier président Louvel a toutefois apporté une autre explication à la situation, tenant à l'inadaptation de la composition de la formation pour avis qui, pour être prestigieuse[46], « *n'est pas composée des juges appelés à connaître, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, du contentieux portant sur la même difficulté* »[47]. Allant au bout de cette logique, le Premier président pose la question du transfert de cette compétence à la chambre spécialisée car « *L'autorité des positions prises pourrait alors se nourrir autant du prestige que de la science des membres de la formation les ayant adoptées, et offrir de la sorte un surcroît de sécurité juridique aux justiciables* ». L'observation attire l'attention sur une autre dimension du traitement des questions jurisprudentielles, celle des formations amenées à les en connaître. Avant d'en venir à ces formations, concluons seulement que les procédures spécifiquement dédiées à l'élaboration de la jurisprudence sont peu très utilisées, signe que la nécessité de l'uniformité de l'interprétation et du développement du droit n'est peut-être pas à ce point perçue aujourd'hui par les différents acteurs comme la mission essentielle de la Cour de cassation. Cette mission ne s'exerce pas moins, à mesure que des pourvois classiques révèlent un besoin d'interprétation ou de développement du droit. Une fois ainsi parvenus à la Cour de cassation, ces besoins justifient-ils la réunion d'une formation spécifique ? Là encore, bien que des adaptations existent, leur utilisation reste modérée.

II. L'adaptation des formations

L'une des idées les plus répandues est que les questions à plus forte portée normative mériteraient une formation adaptée, afin que la modification de l'état du droit soit « *délibérée solennellement, mûrement réfléchie et rapidement connue* »[48]. De telles formations se retrouvent au niveau de la Cour comme des Chambres.

---

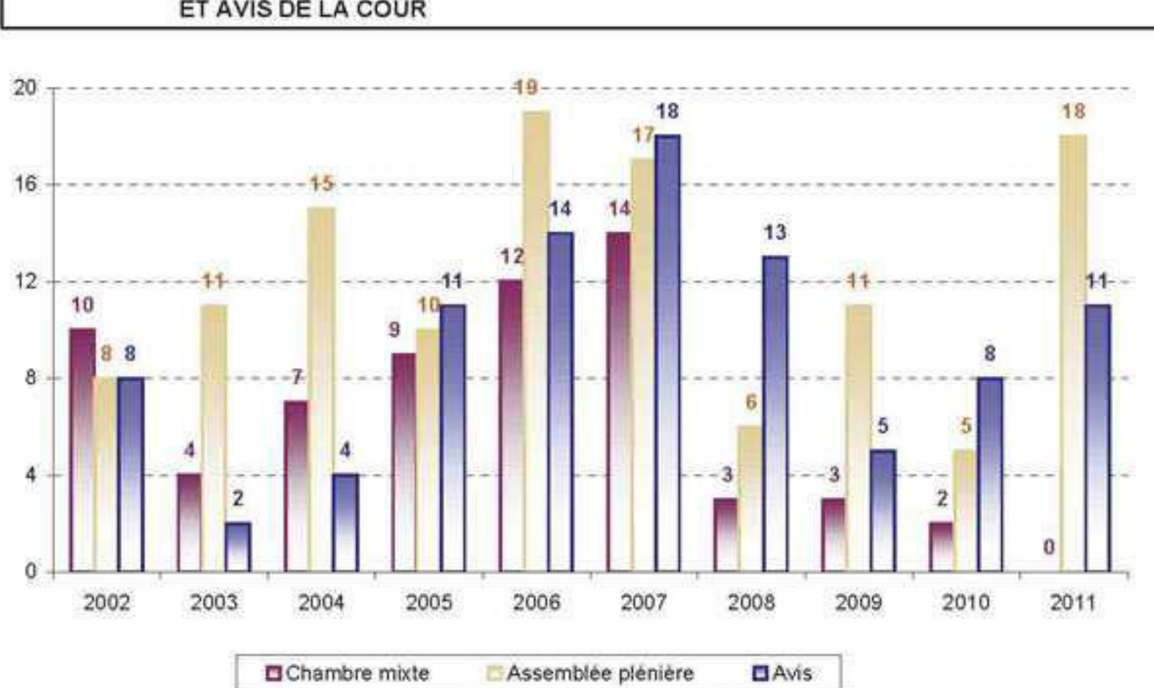
[45] N° 13-19.674

[46] « le premier président, les présidents de chambre et deux conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée » (art. R. 441-1 COJ). Il existe une autre formation pour la matière pénale.

[47] « Quelles perspectives pour les procédures d'avis et d'appel ? Réflexions à l'occasion de l'arrêt d'assemblée plénière du 5 décembre 2014 (pourvoi n° 13-19.674) », 5 déc. 2014, site Cour de cassation

[48] A. Perdriau, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », JCP G 1991 I 3738 n° 27.

Chambre mixte et Assemblée plénière. Les formations solennelles de la Cour de cassation peuvent notamment être réunies pour les questions de principe et les divergences de jurisprudence[49] ; elles semblent en outre naturellement désignées pour les revirements de jurisprudence[50]. Les termes dans lesquels ces formations sont compétentes sont assez proches de certaines formulations utilisées à l'étranger pour autoriser l'accès au juge de cassation. Là encore, le bilan de leur fonctionnement pourrait donc renseigner sur les perspectives de changement de statut de ces critères.



Source : Rapport annuel de la Cour de cassation 2011

Du point de vue du bilan statistique, comme pour les avis, les chiffres sont fluctuants[51]. La période 2004-2007 a connu un recru accru aux formations solennelles, tendance commentée dans le Rapport 2006 : « *les moyens mis en place pour réduire ou éviter les divergences de*

[49] Selon le Code de l'organisation judiciaire, « *Le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes ; il doit l'être en cas de partage égal des voix* » (Article L431-5) ; « *Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens* » (Article L431-6)

[50] A. Perdriau, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », précité, n° 23 et s. ; également, Rapport *Les revirements de jurisprudence*, dir. N. Molfessis, Litec, 2005, pt 2.5.4

[51] Pour des statistiques sur la période 1979-1993, v. A. Perdriau, « La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », JCP G 1994 I 3798

jurisprudence ou régler en formations solennelles les questions de principe a conduit depuis 1999 à une augmentation sensible de la quantité des affaires traitées en assemblée plénières et en chambre mixte. Le nombre d'affaires jugées en assemblée plénière est passé de 9 en 1999 à 19 en 2006. L'évolution est la même pour les affaires jugées en chambre mixte qui sont passées de 1 en 1999 à 12 en 2006. ». Cependant, cette tendance ne s'est ni renforcée, ni maintenue : la Chambre mixte a rendu 3 arrêts en 2014, 2 en 2013 ; l'Assemblée plénière a rendu 4 arrêts et 2014, 5 en 2013. Le renvoi aux formations solennelles des questions les plus jurisprudentielles, là encore, semble donc loin d'être un réflexe acquis. Cela ne signifie pas pour autant que ces questions, traitées par les Chambres, ne peuvent bénéficier d'une formation adaptée à leur importance.

Plénières de Chambre. Moins connues que les formations solennelles de la Cour, il existe également des formations plénières de Chambre[52]. Elles peuvent intervenir si un revirement est envisagé, sur une question sensible ou en cas de désaccord entre sections[53]. En définitive, la formation plénière reproduit à l'échelle de la Chambre la logique de l'Assemblée plénière et la Chambre mixte à l'échelle de la Cour. A ce titre, il est étonnant que la publicité des unes soit sans comparaison avec celle des autres. Alors que les arrêts d'Assemblée plénière et de Chambre mixte bénéficient d'une visibilité maximale, les arrêts rendus en formations plénières doivent être traqués par la recherche de la mention « FP », qui est loin d'être mise en valeur. Quant au bilan statistique, réalisé à partir de la rubrique Jurisprudence du site de la Cour de cassation, sur les arrêts rendus de janvier 2013 à mai 2015, il témoigne, encore une fois, de la rareté des arrêts rendus en formation plénière.

	Civ. 1	Civ. 2	Civ. 3	Com.	Soc.	Crim.
I	240	7	34[54]	21	6	215[55]

[52] Art. R. 421-3 COJ : « *La Cour de cassation comprend cinq chambres civiles et une chambre criminelle. Chaque chambre comprend une ou plusieurs sections. Chaque chambre siège soit en formation plénière, soit en formation de section* » ; art. R 431-2 COJ « *Le premier président fixe les attributions de chacune des chambres civiles par ordonnance après avis du procureur général. Le président de chambre détermine, à l'intérieur de chaque chambre, le nombre de sections et les règles de répartition des affaires entre elles. Il affecte chaque affaire à la section compétente ou décide, le cas échéant, de son examen en formation plénière.* ».

[53] « *Sur décision de son président, la chambre peut aussi siéger en formation plénière, par exemple parce que la décision à intervenir sur un dossier pourrait donner lieu à un revirement de jurisprudence, ou parce qu'elle doit se prononcer sur une question sensible* » Site : Cour de cassation, Présentation, L'organisation de la Cour de cassation ; sur l'hypothèse du désaccord, D. Loriferne, « La technique de cassation en matière judiciaire », *in Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, p. 73, sp. p. 77

[54] Pour un arrêt, la formation n'est pas indiquée

[55] Pour trois arrêts, la formation n'est pas indiquée

FP	6	1	0	1	0	3
FS	171	4	33	16	6	77
F	63	2	0	4	0	132

Si les arrêts FP sont rares, ils portent effectivement sur des questions sensibles (GPA) et/ou fortement médiatisées (Kerviel) et semblent dès lors confirmer la fonction des formations plénières. Le Rapport annuel 2013 souligne d'ailleurs cette importance en précisant que l'« *arrêt du 28 février 2013 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, réunie en formation plénière, marque une évolution notable de la jurisprudence* » (p. 589) ou que « *Par cet arrêt rendu le 6 février 2013 en formation plénière, la chambre sociale fait évoluer sa jurisprudence* » (p. 564). Toute la difficulté tient au fait que ce même Rapport annuel témoigne que, dans le même temps, n'ont pas été soumis à une formation plénière la « *divergence de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction* » sur la qualité de journaliste professionnel (p. 540)[56] ou la réception des jurisprudences *SCEA du Chéneau* du Tribunal des conflits et *Commune de Béziers* du Conseil d'Etat, bien qu'il soit reconnu que par cette réception « *le mécanisme de la question préjudicielle s'en trouve ainsi, dans la matière qui nous intéresse ici, mais aussi de manière plus générale, profondément remanié* » (p. 596)[57]. Les revirements de jurisprudence ne sont pas épargnés : un arrêt peut-être rendu en formation de section bien qu'il « *constitue un revirement* » (p. 577) [58], « *marque une évolution importante de la jurisprudence en la matière* »[59] (p. 618) ou « *procède à une notable évolution en ce qui concerne les élections* »[60](p. 553). Les revirements ne sont donc pas nécessairement opérés en formation plénière et relèvent au moins aussi souvent des formations de section. En outre, de nombreux arrêts P+B+I, ainsi qu'un arrêt P+B+R+I[61], ont été rendus en formation restreinte : soit cette formation est loin de ne rendre que des arrêts dans lesquels « *la solution s'impose* »[62] ou à faible portée doctrinale[63], soit la diffusion « I » a changé d'objectifs depuis son origine[64].

---

[56] Soc. 25 sept. 2013, n° 12-17.516
[57] Civ. 1e, 24 avril 2013, n° 12-18.180
[58] Civ. 3e, 30 oct. 2013, n° 12-19.870
[59] Soc., 14 nov. 2013, 12-14.070
[60] Soc., 13 fév. 2013, n° 11-25.696
[61] Civ. 1e, 22 octobre 2014, n° 13-24.802
[62] Art. L. 431-1 COJ
[63] Pour l'orientation entre formation ordinaire et restreinte selon leur portée doctrinale, A. Perdriau, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », JCP G 1990. I 3468, n° 38
[64] Ainsi, A. Lacabarats expliquait-il : « la Cour publie, sur son site internet, les arrêts qu'elle juge particulièrement importants, soit au regard de la question de droit posée, soit en raison de leur impact pour

Quelle formation pour la jurisprudence ? En définitive, les formations qui semblent dédiées aux questions les plus jurisprudentielles sont loin d'être celles en connaissant réellement. Plus qu'il n'existe une jurisprudence de la Cour de cassation, il existe une jurisprudence de Chambre, voire de section, aboutissant même selon certains à « *la personnification de la jurisprudence et le rattachement de certains secteurs du droit à deux voire un seul magistrat, avec les risques inhérents à une telle domination d'un individu isolé sur une matière* »[65]. Le constat heurte frontalement la mission jurisprudentielle de la Cour de cassation, l'uniformité de l'interprétation reposant sur l'unicité de la juridiction. Le problème n'a rien de nouveau et la difficulté à composer avec la jurisprudence de Chambre, qui ne se pose pas devant le Conseil d'Etat[66], s'est souvent manifestée. P. Hébraud rappelait déjà que « *l'Assemblée plénière restreignait l'objet de ses décisions pour ne pas trop entreprendre sur le particularisme des diverses chambres, et chacune de celles-ci s'efforçait, ouvertement ou indirectement, de reprendre le plus possible sa propre jurisprudence* »[67]. Encore, selon R. Lindon, la réforme du 3 janvier 1979 dut prévoir pour les Chambres mixtes la réunion d'au moins trois chambres, pour composer avec la tendance de chaque chambre à vouloir maintenir sa position, laissant le départage au Président[68]. Beaucoup plus récemment, comment ne pas s'étonner de voir une Chambre, désavouée par son Assemblée plénière[69], renvoyer quelques jours plus tard la jurisprudence de celle-ci au Conseil constitutionnel[70] ?

Le non recours à une formation solennelle, faute d'en connaître les motifs[71], n'est pas facile à expliquer. Il est possible d'évoquer la difficile orientation préalable des dossiers, le Président J.-F. Weber rappelant ainsi le cas d'une affaire orientée en non-admission qui s'est finalement conclue par un arrêt de Chambre mixte[72]. Le même auteur explique également que

---

l'opinion publique, cette publication étant fréquemment accompagnée de divers éléments d'information de nature à éclairer la portée des décisions », « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », D. 2007. 889

65 Rapport Sécurité juridique et initiative financière, précité, p. 162

66 v. les contributions de D. Chabanol et Ph. Blondel, in *Les divergences de jurisprudence*, P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), PUSE, 2003, p. 179 et 227

67 P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, Mélanges P. Couzinet, p. 329, et spéc. n° 11, p. 343

68 R. Lindon, De certaines récentes modifications de la procédure devant la Cour de cassation, JCP 1980.I. 2967, n° 9

69 15février 2013, *BICC* n° 780 15 avril 2013, Rapport Mme Feydeau et avis M. Marin ; *RLDI* 2013/91 mars 2013, E. Derieux ; *Gaz. Pal*. 20 juin 2013, n° 171, p. 9, note V. Barbé ; RTD civ. 2013. 557, obs. P. Deumier

70 Civ. 1e, 20 février 2013, notes Derieux et Barbé précitées. Le Conseil ne constatera aucune nconstitutionnalité, Décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, *RLDI* n° 94 juin 2013, E. Derieux

71 Le renvoi, le plus souvent, est ordonné par une ordonnance du premier président. Lorsqu'il l'est par un arrêt de chambre, celui-ci n'est pas motivé. A. Perdriau lui-même avait renoncé à tenter d'évaluer le nombre d'affaires dans lesquelles une formation solennelle avait été requise par le procureur général

72 précité, p. 96

« *L'expérience montre qu'il est difficile et peu productif, sauf circonstances particulières (…), de délibérer à plus d'une dizaine de magistrats, même dans les affaires délicates* »[73]. Enfin, il est difficile de ne pas repenser à l'analyse faite par le Premier président Louvel pour les formations pour avis, à savoir la compétence et l'autorité sur le contentieux de la Chambre spécialisée.

Ces différentes clés d'explications obligent à interroger l'*a priori*, celui selon lequel une question complexe, difficile, sensible, importante, serait mieux jugée car mieux délibérée par une formation largement composée. L'argument de la spécialisation est d'autant plus à prendre au sérieux que la complexification du droit, déjà évoquée, aboutit plus généralement, au-delà des magistrats, à une spécialisation des juristes. Une affaire est-elle mieux délibérée par une formation élargie ou une formation spécialisée ? Ne faudrait-il pas réserver aux premières les risques de divergence et laisser les autres cas de jurisprudence aux secondes ? Cependant, la spécialisation se concilie mal avec la recherche d'unité de l'interprétation. Celle-ci n'appelle-t-elle pas justement une formation réunissant des compétences et sensibilités plus diversifiées ? La réponse à une question dans un champ donné n'est-elle pas susceptible d'intéresser dans d'autres domaines ? La volonté de recentrer la mission du juge de cassation sur sa mission jurisprudentielle ne pourra pas faire l'impasse d'une réflexion sur les formations les plus adéquates pour l'exercice de cette mission, sur les moyens assurant que les questions jurisprudentielles leur sont systématiquement transmises et sur l'équilibre entre spécialisation des formations et unité de l'interprétation. En l'état, si la question est connue, la réflexion n'est pas très avancée et les moyens dans l'organisation interne de la Cour de cassation[74] sont encore peu explorés. C'est également un aménagement plus systématique de leur traitement qui pourrait être recherché.

III. L'aménagement du traitement

La prise en considération de l'opportunité de la décision. Du point de vue de son traitement, parce que la question jurisprudentielle est destinée à produire des effets au-delà du litige, elle induit la prise en considération des conséquences, des effets sociaux et des considérations nourrissant une « politique jurisprudentielle »[75]. Cette dimension a été récemment renouvelée

---

[73] *Ibid.*, p. 65

[74] G. Canivet, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 3, spéc. p. 10 et s

[75] G. Canivet et N. Molfessis, précités.

par le recours assumé à l'*amicus curiae*. Le rôle du Parquet à cet égard est central dans le recueil des avis et opinions extérieures à la Cour. La technique ne s'est pas cantonnée à sa première utilisation pour la qualification du contrat d'assurance-vie[76] : appréciation de la responsabilité des associations sportives[77] ou du placement en centre de rétention des enfants[78] ont par exemple donné lieu à des *amicus curii*. Il est difficile, faute pour les arrêts de faire état de ces consultations, d'évaluer leur régularité mais elle semble faible : ainsi, la recherche *Raisonnement juridique* avait porté, pour l'année 2009, sur 122 avis d'avocats généraux sur les arrêts I de la Cour de cassation : 4 d'entre eux faisaient état d'un total de 13 consultations[79]. Pour autant, il ne faut pas réduire la prise en compte de la portée normative à la consultation d'amis de la Cour. Les travaux préparatoires des arrêts témoignent que cette prise en considération se nourrit de toutes les sources : les travaux parlementaires, les ouvrages, études, sondages, opinions de sociologues ou de philosophes permettent de resituer la question et les différentes options de réponse dans leur contexte global. Ainsi, les auteurs des travaux préparatoires sur l'arrêt du 13 mars 2007 en matière de mariage homosexuel n'ont pas eu besoin de demander leur avis à des amis de la Cour pour discuter des conséquences de la décision[80]. D'autres pratiques émergent pour faire un choix de politique juridique éclairé, à l'instar du recours au droit comparé, appuyé sur des recherches « *entreprises par le service d'études et de documentation de la Cour de cassation auprès de la CJCE, du centre français de droit comparé et du centre d'étude européen de Trèves* »[81]. De ce point de vue, l'adaptation spontanée réalisée par les magistrats de la Cour de cassation pour le traitement des questions jurisprudentielles appellerait seulement, d'une part, une plus grande systématisation du recours au traitement élargi, d'autre part, une plus grande révélation des éclairages apportés par ce traitement. En effet, l'absence de référence à ces enjeux dans la décision mais aussi l'absence de diffusion plus large des travaux préparatoires (hors formations solennelles) a rendu peu visible cette prise en considération. Il y a une forme de paradoxe à assumer le fait que la décision produira des conséquences sociales ou économiques au-delà des parties lors de son élaboration, tout en occultant cette prise en

---

[76] Mixte, 23 nov. 2004, RTD civ. 2005. 88, obs. R. Encinas de Munagorri

[77] Ass. Plé., 29 juin 2007, n° 06-18.141, Bull., AP, n° 7

[78] Civ. 1re, 10 déc. 2009, no 08-14.141, Bull., I, n° 249

[79] v. E. Rubi-Cavagna, « Les arguments d'opportunité », *in Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, 2012, sp. p. 244

[80] Cass. civ. 1e, 13 mars 2007, *Gaz. Pal*., 22 mars 2007, n° 81, rapport Pluyette et avis Domingo

[81] Pluyette, rapport sur Mixte 11 mars 2005, n° 02-41.371 ; également faisant référence à une recherche de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert de l'Université Jean Moulin Lyon III, Charruault, Rapport sur Ass. Plé. 7 juill. 2006, n° 04-10.672 ; à une recherche sous la direction d'H. Muir-Watt, R. de Gouttes, Avis sur Ass. Plé., 14 avril 2006, n° 02-11.168

considération dans la décision. Il n'est pas certain à cet égard que la seule gradation de la diffusion des arrêts permette de valoriser la spécificité des décisions importantes pour la jurisprudence.

La gradation de la diffusion. Plus l'arrêt a une portée normative élevée, plus sa diffusion est large. La traditionnelle sélection des arrêts publiés au Bulletin a quelque peu changé de fonction quand, avec *Legifrance*, l'accès à l'intégralité des décisions[82] a été rendu possible. Il s'est alors agi de forger une « *doctrine du bon emploi de l'abondance* »[83]. La gradation « P+B+R+I » est aujourd'hui bien connue des juristes[84]. Les arrêts à portée normative ou doctrinale sont *a minima* les arrêts publiés, soit environ 10 % des arrêts rendus, et les plus importants représentent environ 200 arrêts au Rapport[85]. Evidemment, cette gradation suscite parfois la perplexité de la doctrine : l'arrêt *Melki*[86] était un arrêt ND en dépit de son importance sur une question de principe ; la doctrine s'est beaucoup interrogée sur la portée doctrinale qu'elle pouvait reconnaître à un arrêt D[87]. Outre le siglage, la diffusion est également celle d'explications en dehors des arrêts : les notes au rapport, notes au BICC, communiqués et « notes explicatives »[88] sont très utiles pour la compréhension de la raison et de la portée d'une décision mais leur présence, hors les arrêts R, est aléatoire. Il est à cet égard possible de s'interroger sur l'instabilité de cette pratique, la mise en ligne des décisions de la Chambre sociale et de ses communiqués (pour ne prendre que cet exemple[89]) étant passée de prolixe à très mesurée en transitant par une période de mutisme. Il est possible d'attendre d'un outil de diffusion de la plus haute mission de la plus haute juridiction une pratique plus institutionnalisée. Toujours du point de vue de la diffusion, il faut louer la pratique consistant à publier les travaux préparatoires des avis et des arrêts d'Assemblée plénière et de Chambre mixte. La diffusion de la réflexion préparatoire est donc ciblée sur les décisions dont la vocation jurisprudentielle est la plus réputée. Cependant, mis en relation avec le bilan fait du recours à ces formations, il est difficile d'estimer que cette pratique garantisse la pleine

---

[82] Hormis les ND, ce qui ne représente pas rien
[83] Lesueur de Givry, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », *Rapport annuel 2003,* p. 280
[84] Pour sa présentation, v. A. Lacabarats, art. précité.
[85] Pour 2009, J.-F. Weber, La Cour de cassation, p 105.
[86] Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.002, *Melki* et *Abdeli*
[87] Cass. Com. 29 juin 2010 - non publié au Bulletin, JCP E 2010, 2108, comm. S. Le Gac-Pech ; JCP G 2010, 1056, note Th. Favario ; RTDciv. 2010. 782, obs. B. Fages ; D. 2010. 2481, note D. Mazeaud et note Th. Genicon ; RDC 2011. 34, note E. Savaux ; RTD civ. 2011. 87, obs. P. Deumier
[88] V. la nouvelle sous-rubrique du site de la Cour de cassation, rubrique « Jurisprudence »
[89] Pour le manque de cohérence de la stratégie de publication, cette fois entre Chambres, et la proposition de suppression de la hiérarchisation P+B+R+I, rapport *Sécurité juridique et initiative économique,* précité, n° 111 et s.

compréhension des évolutions jurisprudentielles puisqu'elles sont souvent opérées par d'autres formations. En outre, il n'est pas possible de se reposer entièrement sur ces explications (difficile de savoir quels arguments ont pesé de façon déterminante dans la prise de décision collégiale ; difficile de manier des indications délivrées hors l'arrêt), ce qui renvoie inévitablement à la question de la motivation.

IV. L'adaptation de la motivation.

Gradation de la motivation pour les arrêts créateurs. Le débat autour de la motivation des arrêts de la Cour de cassation est ancien et il ne s'agit pas de le reprendre. La pratique actuelle de la Cour de cassation connaît plusieurs degrés de motivation mais qui semblent se soucier plus de son allègement pour les affaires les plus simples (non-motivation pour la non-admission ; « formule abrégée »[90] ou tampon en l'absence de difficulté sérieuse) que de son enrichissement pour les affaires les plus importantes. Pourtant, les arrêts qui comblent une lacune, procèdent à un développement du droit ou à une évolution de la jurisprudence ne méritent-ils pas un supplément de motivation ? Comment une nouvelle interprétation pourrait-elle être bien maniée et appliquée par les juristes sans connaître, *a minima*, sa portée, *a maxima*, sa raison d'être ? La Cour de cassation ne peut en même temps évoluer vers une reconnaissance de plus en plus franche de la réalité de son pouvoir jurisprudentiel et l'exercer avec une motivation conçue pour l'exercice d'un contrôle juridictionnel. Certes, il est possible de relever un début d'évolution, certains revirements ayant été reconnus et justifiés[91], mais il reste timide, peu systématisé et doit probablement autant à la crainte d'un revers strasbourgeois[92] qu'à une adhésion franche aux nécessités d'un surplus de motivation. Que l'on songe ainsi que l'un des arrêts les plus importants pour l'évolution de la reconnaissance de la jurisprudence, à savoir le premier revirement pour l'avenir[93], ne fait expressément mention ni de jurisprudence, ni d'interprétation, ni de revirement, ni de rétroactivité, ni de portée de l'arrêt. Pourtant, les communications faites hors l'arrêt témoignent qu'il est possible de donner accès à une meilleure compréhension d'une décision jurisprudentielle sans verser

---

[90] J.-F. Weber, précité, p. 100
[91] Cass. Com. 8 fév. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 1314, note N. Molfessis et J. Klein ; 1321, note F. Marmoz ; RTD civ. 2011. 493, obs. P. Deumier ; Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-20.232 et 11-20.233, Bull., V, n° 37
[92] CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. ex-République Yougoslave de Macédoine*, 36815/03, § 36 et s.), qui institue une « obligation de motivation renforcée en cas de revirement de jurisprudence », J.-F. Flauss, AJDA 2010. 997
[93] Ass. Plé., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, Bull., AP, n° 15

dans l'excès de digression : les notes au BICC ou au Rapport savent en peu de développements donner les explications nécessaires, qui ne demandent plus qu'à remonter dans la décision. Il appartient à cet égard à la Cour de cassation de forger son propre style, hybride entre sa tradition de rédaction et un besoin de supplément d'explication. Les modèles étrangers qui citent la doctrine (ex. Allemagne) ou insèrent des *obiter dicta* (ex. Pays-Bas) sont peut-être trop éloignés des méthodes françaises traditionnelles. En revanche, la formule du « mode d'emploi » utilisée par le Conseil d'Etat[94] permet aux utilisateurs une meilleure réception de la nouvelle interprétation sans obliger le juge de cassation à révéler, exercice plus délicat (mais non moins utile), son raisonnement interprétatif[95]. Il est possible d'avancer nombre d'arguments pour justifier une motivation plus explicite des arrêts jurisprudentiels : souci de transparence, pédagogie à l'égard des justiciables et des juristes, responsabilité assumée en contrepartie du pouvoir de création, etc. Eu égard au propos qui est celui de cette contribution, il est possible d'insister sur l'un d'eux, et non des moindres : comment un système pourrait-il faire reposer l'accès à son juge de cassation sur la dimension jurisprudentielle d'une question si cette dimension est muette ? La question doit d'autant plus être abordée que, au-delà des arrêts marquant une évolution du droit positif, la tradition de rédaction de la Cour de cassation occulte le contrôle du respect de la jurisprudence.

Transparence de la motivation pour le contrôle du respect de la jurisprudence. L'accès au juge de cassation est largement ouvert : « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* » (art. 604 CPC). Historiquement, le Tribunal de cassation a été institué pour sanctionner une mauvaise application de la loi et non pour assurer l'unification de la jurisprudence[96]. Cette histoire a laissé des traces : la violation d'une jurisprudence établie de la Cour sera présentée comme une violation du texte, sans référence à la jurisprudence méconnue. Si des « principes » sont

---

[94] Sur ces arrêts, ex. D. Botteghi, « L'ambition pédagogique du juge administratif », *in La pédagogie au service du droit*, Presses Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 153

[95] Cette révélation est suggérée par le Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de justice administrative : « Proposition 6 : Restituer de manière plus analytique et complète le raisonnement juridique suivi. Indiquer la méthode d'interprétation (référence aux travaux préparatoires ; par analogie ; portée utile ou raisonnement téléologique ; etc.) par laquelle la juridiction explicite la portée d'une règle de droit. Proposition 7 : Développer la mention des références des décisions d'autres juridictions, notamment constitutionnelle et européenne, dont le juge a entendu s'inspirer. Indiquer en tant que de besoin les références des décisions de principe de la juridiction administrative, répertoriées comme telles, ayant tranché un point de droit dont la décision fait application ». Elle semble peiner à intégrer la phase expérimentale, certains conseillers estimant notamment que de tels éléments sont déjà accessibles par la lecture des conclusions du rapporteur public.

[96] Sur cette racine historique et son impact sur la jurisprudence moderne, F. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991

parfois visés[97], sans la moindre référence à leur source prétorienne, la tradition de contrôler l'application des « textes de loi » rend pour le moins discrète la censure d'une mauvaise application de la jurisprudence[98]. La substitution, dans l'article 1020 CPC, de la formule « règle de droit » à celle du « texte de loi » par le décret du 22 mai 2008, n'a guère modifié cette discrétion. La Cour de cassation n'a pas encore suivi le Conseil d'Etat dans l'affirmation franche, par exemple, qu'une cour administrative d'appel « *a fait à bon droit application, par l'arrêt attaqué du 1er avril 2010, de la règle énoncée par la décision du Conseil d'Etat, statuant au contentieux n° 304802 du 28 décembre 2009, commune de Béziers, selon laquelle* (…) »[99]. Mais ne s'agit-il pas d'un simple effet conjugué de la technique de cassation et de la tradition de rédaction, qui n'empêche pas tout juriste de reconnaître la nature de la norme réellement transgressée ? Toute la difficulté, avec les non-dits et les implicites, c'est que l'on ne peut être assuré qu'ils seront si largement perçus. Ainsi, le rapport du Président Lacabarats sur les juridictions prud'homales révèle que « *Lors des auditions, il est apparu que pour certains conseillers prud'homaux, la jurisprudence ne s'imposait aucunement aux juridictions du fond, mais ne constituait qu'une simple source d'information* », situation analysée comme « *une profonde méconnaissance de ce que représente la jurisprudence : une source d'unification du droit, qui s'impose à tous les juges* »[100]. Il reste toutefois possible de s'interroger sur la part de responsabilité de la Cour de cassation dans cette méconnaissance, dans la mesure où elle refuse de rendre explicite son contrôle du respect de la jurisprudence. On est alors loin des exemples étrangers qui, pour marquer la mission de garantie de l'unité d'interprétation de leur juge de cassation, font figurer parmi les critères d'accès au juge de cassation la non-conformité à sa jurisprudence. Le droit italien, dans une formule négative, considère comme une cause d'irrecevabilité le fait que « *la décision contestée a jugé une question de droit conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation et que les moyens présentés au soutien du pourvoi n'offrent pas d'éléments pour modifier ou confirmer cette jurisprudence de la Cour* »[101]. Le droit autrichien ouvre le pourvoi, notamment, si « *la juridiction d'appel s'est écartée de la jurisprudence de la Cour suprême* ». Le droit espagnol reconnaît un intérêt cassationnel si la décision attaquée est contraire à la jurisprudence du Tribunal Suprême. On le voit : l'écart entre ces prévisions et le système juridique français ne

---

97 P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999
98 Et ce jusque dans les cassations pour fausse interprétation de la loi, ex. Cass. Civ. 1e, 26 mai 1994, Bull. civ., I, n° 189 ; Cass. Com., 8 mars 2005, Bull., IV, n° 53
99 Sect. 19 avril 2013, *CCI d'Angoulême*, n° 340093
100 *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIe siècle*, juillet 2014
101 F. Ferrand, précitée, p. 29

tient pas à une Cour de cassation qui ne censurerait pas, contrairement à ses voisins, la non-conformité des arrêts à sa jurisprudence mais au non-dit de cette censure. Il serait possible de rétorquer que, en dépit de la pudeur de la Cour de cassation, tous les juristes savent bien maîtriser la jurisprudence. Mais en est-on si sûr ?

Le difficile maniement de la jurisprudence - Faute de délivrer des éléments sur le raisonnement interprétatif, il reste un point mal assuré dans le système juridique français, qui est celui de l'identification d'une question jurisprudentielle, en amont, et d'une jurisprudence établie, en aval. Les difficultés à identifier une jurisprudence établie se sont révélées avec le développement de solutions reposant sur ces notions, qu'il s'agisse d'apprécier la responsabilité d'un professionnel du droit, de contester une interprétation par voie de QPC ou encore de mettre en œuvre la jurisprudence *SCEA le Cheneau* du Tribunal des conflits. En toutes ces occurrences, le maniement est délicat et la Cour de cassation ne donne pas nécessairement les explications substantielles qui permettraient une meilleure maîtrise, quand elle retient la responsabilité d'un professionnel du droit pour ne pas avoir tenu compte d'un arrêt d'espèce[102] ou ne pas avoir anticipé la transposition d'une jurisprudence à une cause[103], quand elle affirme l'absence d'existence d'une interprétation constante sans donner la moindre indication permettant d'établir cette absence[104], quand elle estime qu'une interprétation, pourtant formulée au visa de textes de loi, est une règle jurisprudentielle qui ne peut être contestée par voie de QPC[105]. Or, si cette identification devait devenir à terme le critère d'accès au juge de cassation, il semble indispensable que les juristes puissent connaître les éléments en vertu desquels ce même juge de cassation estime qu'une question d'interprétation est en jeu ou au contraire que la jurisprudence sur ce point est établie. Si la restriction de l'autorisation à se pourvoir devant le juge allemand a donné lieu à des difficultés d'interprétation dans ses premières années[106], alors que la jurisprudence allemande s'énonce de façon plus claire et que son rôle de développement du droit est reconnu officiellement de

---

[102] Cass. civ. 1e, 7 mars 2006, n° 04-10101, JCP N, 2006, 1217, note F. Buy ; RTD civ. 2006. 521, obs. P. Deumier

[103] Cass. Civ. 1e, 14 mai 2009, JCP G 2009, 94, note H. Slim ; RTD civ. 2009. 493, obs. P. Deumier

[104] Ex. Cass. Com. 29 janvier 2013, n° 12-40.089 ; B. Mathieu, JCP G 2013, doctr. 623 ; Cass. com., 21 fév. 2012, n° 11-23.097, Gaz. Pal. 12 juin 2012, n°164, p. 11, obs. N. Régis

[105] Ex. Cass. Soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.941, Droit Social 2013. 173, note J. Mouly ; *ibid.* 362, obs. G. Dumortier, Ph. Florès, A. Lallet, Y. Struillou ; RDT 2013. 269, note M. Scaglia ; Constitutions 2013. 78, note Ch. Radé et P. Gervier ; JCP S 2013. 1109, note I. Beyneix

[106] F. Ferrand, p. 12

plus longue date, il est à craindre qu'une restriction comparable dans notre système crée des désordres importants.

La gradation du traitement des affaires est souvent focalisée sur les affaires les plus simples, oubliant les mécanismes institués pour les affaires les plus importantes. Peut-être conviendrait-il de s'attacher à ces derniers mécanismes, à les rendre plus attractifs, plus performants et plus transparents, avant d'envisager d'y réduire l'accès au juge. Une telle évolution pourrait être fixée comme un objectif à terme, dont la réalisation serait subordonnée à la mise en place préalable des conditions le favorisant, ou comme une réorganisation plus radicale dans la gradation du traitement des affaires, renforçant le traitement expéditif à un bout mais aussi le traitement approfondi à l'autre. Les conditions permettant une telle évolution nous semblent de deux ordres. D'une part, un resserrement de la Cour de cassation sur sa mission jurisprudentielle impliquerait au préalable une réorganisation des premier et second degrés, afin de garantir que la bonne réalisation de ses autres missions actuelles[107]. D'autre part, le système français ne peut basculer trop rapidement d'un état passé récemment du mutisme à la discrétion sur les questions jurisprudentielles à un état d'articulation centrale du système autour de ces questions. Certaines évolutions pourraient amorcer une transition : le recours plus systématique à la saisine pour avis ; une répartition plus claire des rôles des formations solennelles de la Cour et des chambres dans la construction de la jurisprudence ; une politique fixée et systématiquement suivie sur la nécessité – ou non – de recourir à une formation solennelle pour les questions jurisprudentielles les plus importantes (divergences, revirement, développement, interprétation d'une loi nouvelle) ; une motivation spécifique pour les arrêts répondant ces mêmes questions ; la cassation assumée pour telle des arrêts n'ayant pas respecté une jurisprudence établie. Qui sait si ces premiers éléments ne constitueraient pas, par ailleurs, une source de diminution indirecte du nombre de pourvois qui, ne pourraient plus jouer sur l'ambiguïté entourant la portée d'une interprétation ? Qui sait si un même effet ne pourrait pas résulter d'une motivation qui insèrerait la décision dans une lignée de précédents[108] ne viendrait pas tempérer certaines jurisprudences construites en dents de scie ? En définitive, « *il apparaît bien que l'avenir est à une procéduralisation des choix*

---

[107] F. Ferrand, précitée, explique comment la réforme de la Cour de cassation allemande est allée avec un juge de première instance devenu seul juge du fait et une cour d'appel recentrée sur le contrôle d'une erreur commise par les premiers juges

[108] Le rapport de MM. de Knjiff et Corstens souligne ainsi la méthode de la Chambre criminelle consistant à « rendre un arrêt comprenant tous les arrêts antérieurs et les plaçant dans un système » et précise « Les praticiens du droit applaudissent de tels arrêts »

jurisprudentiels, qui permettent de faire du droit jurisprudentiel un droit délibéré, condition indispensable à sa légitimité en même temps qu'à son efficacité »[109].

[109] G. Canivet et N. Molfessis, précités, n° 27